

## **APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE LEI CONSTITUCIONAL**

**Rommel Moreira Conrado**

Juiz de Direito

### **RESUMO**

Introdução. Hermenêutica. Hermenêutica Constitucional. Princípios Constitucionais. Princípios Fundamentais. Aplicação Inconstitucional de Lei Constitucional. Conclusão. Notas

### **1 INTRODUÇÃO**

Pretende-se no presente trabalho tecer algumas considerações acerca da hermenêutica, especialmente da hermenêutica constitucional e de como o intérprete e aplicador do direito pode, amparando-se nos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, adotar uma posição de acordo com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

### **2 HERMENÊUTICA**

*Hermenêutica é termo, segundo De Plácido e Silva<sup>1</sup>, “empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador. Na hermenêutica jurídica, assim, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto le-*

gal.”

Interpretar uma norma, por sua vez, é descobrir o seu alcance, procurando encontrar o seu real significado.

*Assim, não está certo quem confunde hermenêutica com interpretação, empregando indistintamente as duas palavras. São duas coisas diferentes, embora relacionadas. Para Carlos Maximiliano<sup>2</sup> “esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”*

A hermenêutica pode ser considerada como um processo unitário que inclui, além da compreensão e interpretação do texto, também sua aplicação. Ao intérprete cabe a função de, quando da aplicação da lei, atualizá-la e inseri-la dentro do contexto social em que se encontra naquele instante. O Direito é uma ciência social e, sendo assim, deve evoluir junto com a sociedade sob pena de ficar perdido no tempo, se tornar uma letra morta.

### **3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

É ponto relativamente tranqüilo dentro do tema hermenêutica, que a interpretação de uma Constituição se dá através de métodos próprios e isto ocorre em face da supremacia do texto constitucional e das suas nobilíssimas funções de organizar politicamente a sociedade e garantir os direitos individuais.

*A interpretação constitucional, segundo Alexandre de Moraes<sup>4</sup> “apesar de espécie do gênero interpretação jurídica, dela se diferencia, principalmente, pelo objeto (status das normas constitucionais) e pelas finalidades*

(atuação da Constituição, integração do ordenamento jurídico constitucional; controle formal e material das leis e atos normativos; efetivação e supremacia dos Direitos Fundamentais)

Além disso, revela o caráter específico da interpretação constitucional, a predominância de princípios, os quais possuem maior grau de abstração e generalidade, do que as regras jurídicas encontradas nos textos legais, ambas espécies do gênero norma jurídica.

## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Os princípios jurídicos foram progressivamente, ao longo do tempo, adquirindo “força”, passando de um ideal meramente contemplativo (fase jusnaturalista), para um caráter de subsidiariedade (fase positivista) até atingirem um status de obrigatoriedade, com a sua positivação nos textos constitucionais. (fase pós-positivista)*

*Não raras vezes, o intérprete da Constituição depara, ante o caso concreto, com uma colisão entre princípios constitucionais, o que representa o seu grande desafio. De fato, encontram-se entre os princípios interpretativos da Lei Maior, o da unidade da Constituição e da concordância prática ou da harmonização. Como harmonizar princípios aparentemente antagônicos ante a análise do caso concreto?*

*Willis Santiago Guerra Filho <sup>4</sup> ensina que “para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da*

proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’.”

## 5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Com as considerações anteriores pode-se chegar, já neste ponto, a algumas conclusões: 1.º os princípios insitos na Constituição Federal possuem força normativa e são de observância obrigatória, quer para o Legislador, quer para o Administrador Público, quer para o Juiz; 2.º a Constituição, tanto por seu aspecto principiológico, quanto por suas superiores funções, há de ser interpretada de maneira peculiar, devendo ser observado sobremaneira o princípio da proporcionalidade; 3.º os princípios constitucionais possuem um aspecto de fluidez e relatividade devendo o intérprete, ante a análise do caso concreto, buscar a solução mais adequada aos ditames da Constituição.

*Inocência Mártires Coelho* <sup>5</sup> pondera que “o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver os eventuais conflitos entre eles, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, num ir e vir ou balançar de olhos

que tenha o seu eixo no valor justiça, em permanente configuração.”

Pergunta-se então: no confronto entre princípios constitucionais não existe algum critério mais ou menos objetivo que possa nortear o aplicador do Direito a fim de que este descubra efetivamente qual a “determinação” constitucional que seria cabível no caso concreto?

A resposta, ainda que procurando fugir de uma visão simplista, foi fornecida pelo próprio Poder Constituinte Originário quando trouxe em Título apartado, o primeiro Título da Constituição Federal, os chamados princípios fundamentais.

Tais princípios, dispostos ao longo de somente quatro artigos (1º ao 4º), sintetizam o próprio “espírito” da Constituição.

O Art. 1º da Lei Maior aponta os fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

O art. 2º refere-se à independência e harmonia entre os Poderes da União.

O art. 3º, por sua vez, aponta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Já no art. 4º, constam os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil deve reger-se em suas relações internacionais.

Em outras palavras, no confronto entre princípios constitucionais deve-se buscar a solução que mais se harmonize com os princípios fundamentais previstos no Título I da Constituição Federal, especialmente dos que apontam os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Não se quer com isso dizer que os princípios fundamentais sejam superiores as demais normas constitucionais, ainda mais porque não há hierarquia entre elas, contudo, não deixa de ser um critério de interpretação que embora não fique imune a uma imensa carga de subjetividade do intérprete serve de parâmetros para sua atividade.

## **6 APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE LEI CONSTITUCIONAL**

Ao lado das três conclusões expostas logo no início do tópico anterior, pode-se chegar a uma quarta: os princípios fundamentais trazidos no Título I da Constituição Federal, especialmente os que apontam os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, servem de limites, de parâmetros, para a atividade do intérprete da Constituição

Encontra-se aqui o ponto considerado objetivo do presente trabalho.

As leis trazem consigo a presunção de constitucionalidade. Em outras palavras, a lei, enquanto expressão de parcela do poder emanado do povo, só deve ser “afastada do convívio com a sociedade” se sobejamente comprovado, em decisão – bem – fundamentada que não se compatibiliza com a Lei Maior. Por outro lado, pergunta-se: uma lei, se for constitucional, há de ser neces-

sariamente constitucional em todos os casos em que possa ser aplicada?

Trago exemplos que facilitam a compreensão da pergunta.

Há um dispositivo no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97) assim redigido:

Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada 5 (cinco) anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização

Os artigos 135 e 136 dispõem sobre veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados e sobre veículos destinados à condução coletiva de escolares

Como sabido, não há direitos absolutos. O Estado pode, louvando-se na lei, restringir certos direitos em benefícios de outros. Sendo assim, reputando-se tal dispositivo legal acima referido como constitucional pois, em princípio, é lei que não fere padrões de proporcionalidade, no balanço entre o direito individual e o direito coletivo, inclinou-se em favor deste último, passa-se ao exemplo: um motorista “respondia” a cinco processos, três pelo crime de roubo e dois por estupro, ainda não condenado em nenhum, não possuindo profissão definida e requereu alvará para táxi, perante a autoridade competente; um outro motorista, já taxista há quatro anos, quando da renovação de seu alvará, foi verificado que “respondia” a um único processo por roubo, bastante antigo e próximo da prescrição. A autoridade municipal, com base no dispositivo legal acima referido,

indeferiu ambas as pretensões. Os dois motoristas buscaram amparo no Poder Judiciário alegando que o art. 329 do CTN feria o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal e, portanto, era inconstitucional, devendo ser determinado que o órgão de trânsito providenciasse o alvará pertinente. Pergunta-se: na análise destes casos concretos, o juiz pode entender que em uma situação a lei é aplicável e em outra, não? A decisão deve ser a mesma para ambos os casos haja vista que, em princípio, os dois se subsumem à previsão legal e, repita-se, de lei constitucional?

A resposta deve ser negativa.

Rui Barbosa já dizia que a verdadeira justiça consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Ora, no exemplo apresentado, de fato, ambos os motoristas incidem na proibição prevista no art. 329 do CTN, todavia tem-se situações absolutamente distintas. Um dos motoristas possui uma certidão de antecedentes bastante recheada, não possuindo sequer profissão definida, aparentando ser uma desnecessária exposição social autorizar que alguém com tais antecedentes seja, por exemplo, motorista de um transporte escolar. Por outro lado, o segundo motorista, reconhecido no seio social como uma pessoa trabalhadora e responsável cujo único “envolvimento” com polícia, em razões não bem esclarecidas, já se encontra distante há bastante tempo, inclusive com a próxima extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, não deveria ficar privado do alvará pertinente e de exercer sua profissão de taxista.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, já se viu acima, é construir uma sociedade livre, justa e solidária e um de seus fundamentos, os



valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sendo assim, fica evidente que privar o taxista – segundo motorista – do pretendido alvará é priva-lo de exercer sua profissão, é desprezar os valores sociais do trabalho, é deixar mais um pai de família desempregado, distanciando-se um pouco mais da almejada sociedade livre, justa e solidária.

Um outro exemplo: uma lei do Estado de Mato Grosso do Sul prevê, dentre os requisitos exigidos para o ingresso na carreira de agente da Polícia Civil, que o candidato, se do sexo masculino, possua altura mínima de 1,60 m. Em sede de recurso extraordinário (RE n.º 148.095-5 MS), tal questão chegou até o Supremo Tribunal Federal e, em votação unânime, a Segunda Turma entendeu ser constitucional tal exigência, por compatível com o cargo almejado.

Pois bem. Presumindo constitucional a lei pertinente, veja-se o seguinte caso hipotético. Determinado candidato, aprovado em primeiro lugar em todas as fases do concurso público para agente da Polícia Civil, até mesmo do teste físico, quando de sua inscrição definitiva, foi, ao ser aferida sua altura, verificado que possuía 1,59m., sendo eliminado do certame pela comissão examinadora com base na lei pertinente. O candidato socorreu-se do Poder Judiciário alegando, dentre outras coisas, que era bacharel em Direito com conhecida atuação em favor dos direitos humanos e, além disso, era perito em artes marciais e no manejo de armas. Pergunta-se: neste caso, o Juiz, ainda que reputasse constitucional a lei - em tese - poderia deixar de aplicá-la tendo-a como inconstitucional no caso concreto?

A resposta pode ser dada com a resposta para esta outra pergunta: o que seria melhor para a sociedade, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que um candidato, com as características de um policial nato,

seja “desprezado” por conta de uma altura pouco inferior ao padrão legal ou, por outro lado, que tal candidato seja aproveitado? Evidente que qualquer pessoa de mediano bom senso iria se apegar à segunda opção.

## 7 CONCLUSÃO

Como visto, pelos exemplos acima, pode-se concluir que mesmo a lei constitucional, pode não o ser em todas as ocasiões. O Juiz, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, deve buscar, na análise de casos concretos, a solução que mais se harmonize com o “espírito da Constituição”. Deve buscar caminhos comprometidos com a cidadania, com os direitos humanos, com o anseio social, com o bem estar comum, os quais têm na Lei Maior seu ponto de partida, como fundamento e ponto de chegada, como objetivo.

### Notas:

- 1- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999
- 2- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.01
- 3- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.p.104
- 4- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. P.182
- 5- Artigo intitulado “Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional”, publicado na Revista Fórum de Direito Público